

# Abwägung im Tatbestand – oder: zwingende Ausweisung für alle

---

Gastautorin

2015-03-23T10:45:22

von [ANDREA KIEßLING](#)



Kern

**der Reform des Ausweisungsrechts ist eine neue Struktur der Generalklausel, die für eine gefahrenabwehrrechtliche Norm ungewöhnlich ist. Durch die Verschiebung der Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen von der Rechtsfolge in den Tatbestand ergeben sich mehrere Probleme: Zum einen wird in Zukunft der „Ausweisungsgrund“ doppelt verwertet, zum anderen wird den Ausländerbehörden ihr Entschließungsermessen genommen.**

Eine Reform des Ausweisungsrechts ist schon seit Jahren überfällig, weil eine Rechtsfortbildung durch BVerfG und BVerwG dazu geführt hat, dass der Wortlaut des Gesetzes in vielen Fällen nicht mehr angewandt wird (ausführlicher habe ich diesen Hintergrund [hier](#) erläutert). Eigentlich unterscheidet das AufenthG zwischen zwingender, Regel- und Ermessensausweisung. Diesen drei Rechtsfolgen sind Kataloge von Tatbeständen zugeordnet, die nach dem Willen des Gesetzgebers drei verschieden schwere Kategorien von Gefahren indizieren (u.a. an dieser Gefahrenindizierung zeigt sich, dass es sich beim Ausweisungsrecht um Gefahrenabwehrrecht handelt). Stark vereinfacht ausgedrückt: Ein verurteilter Schwerverbrecher ist zwingend auszuweisen, bei einem Schwarzfahrer trifft die Ausländerbehörde eine Ermessensentscheidung. Bei faktischen Inländern kommt es allerdings seit der Rechtsfortbildung unabhängig von der Schwere des Verhaltens – und unabhängig vom Wortlaut des Gesetzes – immer zu einer Ermessensausweisung.

## Der Verwaltungsrichter als Gesetzgeber

Gesetzestexte werden gewöhnlich in Ministerien, in den Fraktionen im Bundestag oder in den Bundesländern ausgearbeitet. In Einzelfällen wurden auch schon [Anwaltskanzleien](#) mit dem Verfassen beauftragt. Neu ist, dass Verwaltungsrichter Gesetze entwerfen. Schon [2010 bzw. 2013](#) forderten Harald Dörig und Jan

Bergmann eine Reform des Ausweisungsrechts. [Anfang 2014](#) legten sie einen Entwurf vor, der dann auch Vorlage des Referentenentwurfs im [April 2014](#) wurde und mit nur wenigen Änderungen Gegenstand des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens ist. Die zukünftige Generalklausel in § 53 I AufenthG-E soll lauten:

Ein Ausländer, dessen Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung [...] gefährdet, wird ausgewiesen, wenn die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt.

Welche Interessen dies sein können, wird in § 54 (Ausweisungsinteressen) und § 55 (Bleibeinteressen) AufenthG-E näher konkretisiert. Beide Vorschriften unterscheiden zwischen schweren und besonders schweren Interessen.

An dem vorliegenden Entwurf gibt es verschiedene Punkte, die eine Diskussion lohnen: [Nach wie vor](#) finden sich strafrechtliche Begriffe in der Begründung dieses polizeirechtlichen Gesetzes. Die Nennung des Schutzgutes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist überflüssig (weil Teil der öffentlichen Sicherheit), die „sonstigen erheblichen Interessen“ sind rechtsstaatlich problematisch. Generalpräventive Ausweisungen (vom Schrifttum ganz überwiegend abgelehnt) sollen weiterhin zulässig sein ([S. 60](#)). Zum Teil bestehen Wertungswidersprüche (vgl. § 54 II Nr. 1 und Nr. 9 AufenthG-E). Ich will mich an dieser Stelle mit der Frage beschäftigen, wie die geplante Generalklausel das Problem der immer zu erfolgenden Abwägung trotz unterschiedlich schwerwiegender Verhaltensweisen löst.

## **Gefahrenindizierung**

Die Gestaltung des Tatbestandes des § 53 I AufenthG-E und die Begründung des Gesetzentwurfs sprechen für eine Abkehr von der Gefahrenindizierung. Der Tatbestand nennt ausdrücklich eine Gefährdung der Schutzgüter und *zusätzlich* die Abwägung der Ausweisungs- mit den Bleibeinteressen; die Begründung spricht davon, dass Ausweisungen „tatbestandlich zunächst“ ([S. 59](#)) die Gefährdung der Schutzgüter voraussetzen. Die Verurteilung zu einer Straftat – die bislang unter bestimmten Voraussetzungen einen Ausweisungsgrund darstellte – begründet in Zukunft ein Ausweisungsinteresse. Was bleibt dann aber für die Ausländerbehörden bei der Gefährdung der Schutzgüter zu prüfen? Eine Wiederholungsgefahr – ob von dem Ausländer aufgrund der Straftat auch in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht – ist damit nicht gemeint, der Gesetzgeber lässt ja weiterhin generalpräventive Erwägungen gelten, die gerade keine Wiederholungsgefahr voraussetzen. Was „zunächst“ sonst ausdrücken soll, erklärt der Gesetzgeber nicht. An seiner Stelle erläuterte aber der RiBVerwG Dörig auf einem Workshop der [Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2015](#), dass Sachverhalte, die ein Ausweisungsinteresse begründen, auch gleichzeitig eine Gefahr für eines der Schutzgüter indizieren sollen. Aufgegeben wurde die Gefahrenindizierung also

nicht. Die Struktur des Tatbestands ist aufgrund dieser doppelten Verwertung des der Ausweisung zugrunde liegenden Sachverhalts aber mehr als unglücklich und inhaltlich widersprüchlich.

## **Abwägung im Tatbestand**

Ungewöhnlich für einen konditional strukturierten Rechtssatz des Verwaltungsrechts ist die Verankerung der Einzelfallabwägung – die bislang als klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtsfolgenseite Teil der Ermessensprüfung war – im Tatbestand. Die Ausländerbehörden sollen in Zukunft die Abwägung aller Umstände des Einzelfalls auf Tatbestandsseite vornehmen. Kommen sie zu dem Ergebnis, dass das öffentliche Ausweisungsinteresse überwiegt, sieht das Gesetz die zwingende Ausweisung vor. Auch wenn es nun in jedem Fall zu einer Abwägung kommen wird, entbehrt dies nicht einer gewissen Ironie, sollte doch die zwingende Ausweisung abgeschafft werden.

Eine in der Vorschrift selbst angeordnete Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen ist bislang insbesondere aus dem Planungsrecht bekannt, das aber in der Regel final formulierte Rechtssätze kennt (vgl. z.B. [§ 1 VII BauGB](#): Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.) Der Behörde steht in diesen Fällen ein Planungsermessen zu, das – wie das Ermessen gem. [§ 114 VwGO](#) – vom Gericht nur eingeschränkt kontrolliert werden kann. Eine Einschränkung genau dieses verbleibenden Entscheidungsspielraums der Behörde war der Anlass für die Verlagerung der Abwägung von der Rechtsfolge in den Tatbestand:

Die von der Ausländerbehörde durchzuführende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist gerichtlich voll überprüfbar. Anders als bei einer Ermessensentscheidung kann es keine gerichtliche Verpflichtung der ausweisenden Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts geben, sondern die gerichtliche Entscheidung ersetzt oder bestätigt das behördliche Ergebnis. Auch dadurch soll eine Beschleunigung des Verfahrens und schnellere Rechtssicherheit erreicht werden. ([S. 60](#))

Unabhängig davon, dass die Begründung [verwaltungsprozessual schief gerät](#), stellt sich die Frage, worin das Problem bei der bisherigen Arbeit der Ausländerbehörden bzw. der gerichtlichen Kontrolle derer Ausweisungsentscheidungen gesehen wird; dies erläutert der Gesetzentwurf nicht näher. Eine uneingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit ist natürlich für sich genommen nichts Schlechtes; sie bedeutet grundsätzlich einen Rechtsschutzgewinn für die betroffenen Ausländer, wenn die Gerichte in Zukunft die Ausweisungsentscheidungen tatsächlich umfassender prüfen als bisher. Die Begründung vermischt jedoch zwei Dinge: Ermessensausübung und Verhältnismäßigkeitsprüfung sind nicht das gleiche. Verhältnismäßig müssen alle Maßnahmen der Exekutive (und alle Gesetze) sein, dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip bzw. den Grundrechten.

## Verhältnismäßigkeit

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung – die schon immer gerichtlich voll überprüfbar sein sollte – ist keine bloße Abwägung zweier Interessen, bei der ein Interesse „gewinnt“. Es handelt sich bei ihr vielmehr um eine Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation der zu treffenden Maßnahme; die Ausweisung als Mittel muss den Zweck der Gefahrenabwehr erfüllen (was – das sei am Rande bemerkt – bei generalpräventiven Ausweisungen nicht der Fall ist). Laut § 53 I AufenthG-E soll die Abwägung zwar „alle Umstände des Einzelfalles“ berücksichtigen, dass es in der Praxis aber zu einer Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation kommen wird, darf bezweifelt werden. Die Kataloge des § 54 und § 55 AufenthG-E sind so aufgebaut, dass die Gefahr besteht, dass sie als abschließend betrachtet werden und der Rechtsanwender sie wie eine Checkliste abarbeitet: Am Schluss müssten dann nur noch die gesetzten Häkchen gezählt und verrechnet werden. Eine Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation stellte ein solches Vorgehen nicht dar. Aber ein solches Vorgehen war wohl gemeint, als der [Referentenentwurf](#) im April 2014 davon sprach, dass Ausweisungen für die Ausländerbehörden „leichter handhabbar“ (S. 30) werden würden.

## Ermessen

Problematisch ist schließlich, dass den Ausländerbehörden durch den Aufbau der Norm ihr Ermessen genommen wird. Ein Auswahlermessen spielt im Ausweisungsrecht keine Rolle (es sei denn, man sieht es im Zusammenhang mit [§ 47 AufenthG](#), der bei einer politischen Betätigung als alternatives Mittel in Betracht kommt). Verhindert wird durch die Anordnung der zwingenden Rechtsfolge in Zukunft die Ausübung des Entschließungsermessens. Inwieweit dieses in der Praxis eine tatsächliche Rolle spielt (und inwieweit dort zwischen Verhältnismäßigkeit und Ermessen unterschieden wird), kann hier nicht beantwortet werden; es stellt sich aber die Frage, wieso der Gesetzgeber hier – ohne erkennbaren Grund – von den etablierten polizeirechtlichen Mechanismen Abstand nimmt.

## Fazit

Auch wenn die Reform nun für alle Ausweisungsentscheidungen eine Abwägung der Interessen vorsieht, bleiben Fragen offen. Die Verlagerung der Prüfung von der Rechtsfolge in den Tatbestand wirkt nicht vollständig durchdacht und wird sich in der Praxis erst noch beweisen müssen. Auch die Doppelverwertung der „Ausweisungsgründe“ hätte man durch das Beibehalten der klassischen Struktur vermeiden können.

*Dieser Beitrag ist Teil der Schwerpunktwoche [„Bleiberecht und Aufenthaltsbeendigung“](#).*

